



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10380.720510/2008-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1801-002.098 – 1ª Turma Especial
Sessão de 28 de agosto de 2014
Matéria IOF - Operações bancárias
Recorrente RODRIGO CÉSAR ALVES DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

Atividade de Fomento Mercantil. Atividade Privativa de Instituição Financeira.

As operações de concessão de créditos e adiantamento de numerários a terceiros, além da prática da compra e venda de títulos de crédito e/ou cheques “pré-datados”, caracteriza a prática de atos de instituição financeira, devendo a pessoa física que pratica tais atividades ser equiparada à instituição financeira ensejando a exigência de IOF.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

DECADÊNCIA. PENALIDADE.

Aplica-se o artigo 173, inciso I, da Lei 5.172/66 (CTN) para a contagem do prazo decadencial por ser o dispositivo que rege os créditos tributários em geral, reservando-se as disposições do artigo 150, §4º, exclusivamente para os tributos sujeitos a lançamento por homologação quando não há a ocorrência de fraude *lato sensu*.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A turma julgadora é livre para formar sua convicção quanto à necessidade ou não da realização de provas para dirimir o litígio administrativo fiscal, podendo indeferir o pedido formulado pelo contribuinte (art. 18, *caput*, PAF)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich– Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Cristiane Silva Costa, Neudson Cavalcante Albuquerque, Alexandre Fernandes Limiro, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Ana de Barros Fernandes Wipprich.

Relatório

A empresa recorre do Acórdão nº 08-15.142/09 exarado pela Terceira Turma de Julgamento da DRJ em Fortaleza/CE, e-fls. 2.310 a 2.330, que decidiu julgar procedente o lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração lavrado para a exigência de IOF, relativo aos anos-calendários de 2003, 2004 e 2005, no valor total de R\$ 30.918,45 (com acréscimos legais) pela prática de operações típicas de instituição financeira, Auto de Infração e Termo de Verificações Fiscais às e-fls. 02 a 46.

Aproveito trechos do relatório e voto do aresto vergastado para historiar os fatos, iniciando pelos argumentos apresentados pela autuada:

“[...]”

O contribuinte ora impugnante foi equiparado à pessoa jurídica, na condição de instituição financeira, razão porque foi promovida sua inscrição de ofício no CNPJ.

Em virtude da suposta falta de documentação fiscal e contábil, foi arbitrado o lucro com base na receita bruta calculada a partir dos depósitos registrados em sua conta bancária.

Pela diferença aritmética entre o total de créditos líquidos registrados em cada mês nas contas bancárias do fiscalizado e a receita bruta calculada, apurou-se o valor do crédito concedido pelo contribuinte aos seus clientes em cada mês do período fiscalizado.

Com a multiplicação do número de dias pela alíquota diária do IOF (0,0041%), obtiveram-se alíquotas a serem aplicadas sobre os valores mensais do crédito concedido pelo fiscalizado.

Da aplicação das alíquotas sobre os valores mensais do crédito concedido pelo fiscalizado, apuraram-se os valores mensais do IOF supostamente devido.

Ocorre que, o Agente Fiscal não fez a melhor aplicação do direito ao caso concreto, posto que, ao efetuar o levantamento impugnado, não identificou, com clareza e precisão, os elementos essenciais à constituição do pretense crédito tributário, em especial no que tange à identificação do contribuinte, *in casu*, instituição financeira, quando na realidade se tratava de atividade de *factoring*, além de ter aplicado a multa de 150% com base em norma que determina a aplicação da multa de 50%.

Vale ainda ressaltar que parte dos valores cobrados, constantes dos Autos de Infração ora impugnados, referem-se a valores sobre os quais já se operou a decadência do direito do Fisco de efetuar o lançamento tributário, motivo pelo qual referidos lançamentos foram perfectibilizados ao arrepio das normas que regulamentam a matéria.

Ao final, será provada a absoluta nulidade do Auto de Infração ora impugnado pelas razões constantes das preliminares de ausência de elementos essenciais, bem como pelas razões apontadas quanto ao mérito que ensejarão a sua total IMPROCEDÊNCIA, desde já requerida.

[...]

Equiparação do Contribuinte à Instituição Financeira Quando Pratica Atividade de Fomento Mercantil (FACTORING)

Ao efetuar o levantamento fiscal, o Auditor Fiscal incorreu em graves equívocos, que culminam na total improcedência do presente lançamento, na medida em que:

- o contribuinte foi equiparado à instituição financeira quando pratica atividade de empresa de *factoring*;
- foi aplicada multa não constante na legislação indicada pelo Auditor Fiscal.

O agente fiscal procedeu lançamento nulo ao descumprir a norma do art. 142 do CTN.

Destarte, embora o Auditor Fiscal tenha equiparado o impugnante a instituição financeira, verifica-se que esse procedimento encontra-se totalmente desprovido de validade jurídica, na medida em que o próprio Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda firmou orientação através do Processo nº 16707.001572/2003-40 no sentido de que a prática de atos de comércio de forma reiterada concernente a troca de cheques caracteriza a atividade de *factoring*.

Ademais, as instituições financeiras dependem de autorização do Banco Central do Brasil, razão pela qual ressaí totalmente insubsistente a caracterização do impugnante como instituição financeira.

Com efeito, não foi identificado com clareza e precisão o sujeito passivo da obrigação tributária, o que fulmina de vício insanável o presente lançamento. Nesse sentido a defesa transcreve ementa de acórdãos do Conselho de Contribuintes.

Indicação de Base de Cálculo em Desconformidade com os Documentos da Impugnante

O Auto de Infração lavrado contra o impugnante utilizou base de cálculo diversa da indicada por ocasião da resposta à diligência perfectibilizada pelo Fisco Federal, em total incompatibilidade com o princípio da verdade material albergado pela administração.

De acordo com o Termo de Intimação VI, foi determinado ao contribuinte que informasse qual a parcela de cada um dos "Totais Líquidos" mensais apontados nos demonstrativos que constitui a sua receita mensal efetiva (lucro financeiro por ele auferido nas operações mensais). Apenas no caso de o contribuinte não informar e comprovar as taxas (percentuais) que devem ser aplicadas sobre os créditos líquidos para a obtenção de suas receitas efetivas mensais, estas serão consideradas iguais à soma dos "Totais Líquidos" mensais de cada uma das contas mencionadas no item 1

do termo de intimação. Neste caso o lucro será calculado mediante a aplicação do percentual de arbitramento de 45% sobre a soma dos "Totais Líquidos" mensais apurados nos demonstrativos.

Em resposta à intimação, o contribuinte informou que "em atendimento ao item 6 do Termo de Intimação Fiscal VI, encaminho-lhe em anexo 177 borderôs de operações de trocas de cheques efetuadas durante os anos de 2003, 2004 e 2005, em que figuram as taxas percentuais aplicadas que representam as receitas por mim efetivamente auferidas em cada uma delas".

Desta forma, diante das informações prestadas pelo contribuinte, não poderia o Fisco arbitrar o lucro mediante a aplicação do percentual de arbitramento de 45% sobre a soma dos "Totais Líquidos" mensais apurados nos demonstrativos, na medida em que o objetivo do Agente Fiscal em proceder a intimação objetivando as informações acerca das receitas efetivas mensais, foi justamente obter a verdade material dos fatos ocorridos e, assim, calcular os tributos com base na efetiva receita do contribuinte. Caso não fosse esse o objetivo, restaria totalmente inócua referida intimação para esclarecimentos do contribuinte.

Desta forma restou contrariado o art. 142 do Código Tributário Nacional, além de contrariar de forma clara o princípio da verdade material, através da qual deve ser pautado o lançamento fiscal que somente poderá ser formalizado com a prova segura a cargo de quem alega, e não exclusivamente com base em apenas alguns dados que não constatem de forma clara a verdade material almejada no processo administrativo.

Realmente, no presente caso, haveria que ser levado em consideração toda a documentação em poder do impugnante, na medida em que o próprio fiscal diligenciou. com tal objetivo, intimando-o para apresentar elementos que serviriam de supedâneo à aplicação do tributo devido.

[...]

Conforme restou sobejamente demonstrado, o Agente Público ao proceder o presente lançamento, sem a observância de todos critérios atinentes ao mesmo (art. 142 do CTN), agiu de forma absolutamente contrária aos princípios básicos que devem pautar os atos da administração, em virtude da total falta de eficiência na apuração dos fatos ensejadores do lançamento, contrariando desta forma os princípios da moralidade administrativa, da legalidade, além da razoabilidade jurídica, do interesse público e da segurança jurídica.

Do Erro na Aplicação da Multa

No tocante à aplicação da multa, verifica-se que o item VIII do Termo de Verificação Fiscal que trata "Da Qualificação da Multa de Ofício", assevera que "a multa aplicada nos lançamentos de ofício a que se refere o presente termo de verificação fiscal foi de 150% dos tributos e contribuições incidentes sobre os rendimentos tributáveis omitidos pelo autuado, conforme previsto no inciso 11 do artigo 957 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto no 3.000/1999) e no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996."

Verifica-se que a Lei que institui a penalidade aplicável não determina em seu inciso II do art. 44 a aplicação de multa de 150%, mas tão somente a multa de 50% o que consubstancia um grave erro no presente lançamento.

[...]

Da Decadência do Direito de Lançar

Nobre Julgador, o Fisco jamais poderia proceder o lançamento em tela, na medida em que já havia decaído o seu direito de constituir os valores referentes aos fatos geradores anteriores a 04/11/2003.

Com efeito, conforme se pode observar do presente auto de infração, foi lavrado o lançamento contra a empresa impugnante em 18/11/2008, relativamente ao IOF, concernentes aos fatos geradores de 2003, 2004 e 2005.

[...]

Inicialmente, necessário aduzir que o Auditor Fiscal equiparou o contribuinte a uma instituição financeira, principalmente pelo fato de que a empresa de *factoring* recebe o título *pro soluto* e, assim, assume o risco do negócio, não podendo voltar-se contra a empresa faturizada caso o sacado não pague o título em seu vencimento, diferente das operações de crédito, como são as operações bancárias, em que o cedente se responsabiliza pela existência da dívida no momento da cessão.

Alega ainda o Fiscal que os créditos cuja negociação é admitida em operações de *factoring* são única e exclusivamente os que resultam de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, devendo para tanto ocorrer uma assessoria creditícia, mercadológica, gestão de negócios, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber e compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

No entanto, referidos argumentos não resistem a um estudo mais profundo e a uma análise pormenorizada das informações contidas nos autos.

Notoriamente, no tocante a responsabilidade do endossante, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que as leis reguladoras não criaram exceções quando prevêm a responsabilidade do endossante quanto ao pagamento do cheque (Recurso Especial nº 820.672 - DF 2006/0033681-3)

Percebe-se assim que o argumento utilizado pelo Auditor Fiscal não tem o condão de descaracterizar a natureza jurídica do tipo de operação perfectibilizada pelo impugnante que, *in casu*, é atividade de *factoring*.

Desta forma, embora o Auditor Fiscal tenha destacado no item II "Das Informações Prestadas Pelo Fiscalizado", a afirmativa feita pelo impugnante no sentido de que os cheques são endossados pelo cliente no verso e que a responsabilidade do pagamento dos cheques é do cliente e não do emitente, referida afirmativa não inibe qualquer caracterização da atividade de *factoring*, em razão do que determina a Lei nº 7.357/85 em seu art. 21 que determina: "*salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento*", razão pela qual, segundo o STJ (Resp nº 820.672) quem endossa garante o pagamento do cheque seja o endossatário quem for. A Lei não faz exceções e não cabe criar exceções à margem da Lei.

Ademais, conforme o próprio Auditor Fiscal afirmou no item VI do Termo de Verificação Fiscal, as instituições financeiras dependem de autorização do Banco Central do Brasil, razão pela qual o contribuinte impugnante jamais poderia ter sido caracterizado como instituição financeira, em virtude da falta de autorização do Banco Central.

De outro lado, a atividade de *factoring* não mantém qualquer relação com o Banco Central, porquanto, não se inclui no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Relativamente a alegativa de que os créditos negociados em operações de *factoring* são os que resultam de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços,

devendo para tanto ocorrer uma assessoria creditícia, mercadológica, gestão de negócios, seleção de riscos, vale esclarecer que, conquanto tenha sido ressaltado pelo Fiscal a alegativa do impugnante no item 7 da sua resposta no sentido de que não havia prestado outros serviços aos clientes além dos descontos de cheques, tal afirmativa não leva a conclusão a que chegou o agente do fisco, de que não houve a prestação de serviços de assessoria mercadológica, já que tal fato é decorrente da própria atividade de *factoring*, não sendo possível assim se imaginar a prática de uma atividade desvinculada da outra donde resulta clarividenciado que não se pode analisar a resposta do impugnante de forma isolada, mas sim em consonância com o conjunto probatório constante no presente Processo Administrativo, o qual demonstra que foi prestado o serviço de gestão financeira de negócios, com a devida assessoria mercadológica, seleção de riscos, a fim de que as operações de *factoring* fossem realizadas de uma forma mais segura possível, tanto para o faturizador, como para o faturizado.

Portanto, resulta evidente que a interpretação correta a ser dada a resposta do impugnante, é que durante o período fiscalizado, ele praticou exclusivamente atividade de *factoring* com todos os consectários intrinsecamente ligados a tais atividades, dentre eles, os serviços relativos à análise do mercado, não se afigurando lógico que nos dias atuais, qualquer cidadão realize operações que envolvam importâncias elevadas sem o apoio profissional para tanto.

Ademais, verifica-se que os créditos negociados são resultantes de vendas mercantis, tanto que por ocasião das informações prestadas por terceiros diligenciados restaram constatadas as operações comerciais objeto dos créditos negociados, senão vejamos alguns exemplos:

[...]

Ressai assim configurado que o postulante prestou assessoria mercadológica, com gestão de créditos e seleção de riscos para que fossem perfectibilizadas as operações de *factoring* com os diligenciados, ressaltando de forma clara através das informações prestadas que os créditos negociados são resultantes de vendas mercantis.

Ainda que não fossem consideradas as operações de *factoring* efetuada pelo impugnante, o que se diz apenas a título de argumentação em virtude das informações prestadas pelas pessoas diligenciadas, a defesa ainda traz à colação que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda firmou orientação no sentido de que a prática de atos de comércio de forma reiterada concernente a troca de cheques caracteriza a atividade de *factoring*.

[...]

VOTO

[...]

A impugnante alega que, na data de ciência do lançamento já havia decaído o direito de o fisco constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 18/11/2003, pelo transcurso do prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º, do CTN (homologação tácita). Assim, requer que seja anulado o lançamento relativo aos créditos tributários correspondentes.

[...]

Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, fls. 16/46, no presente caso a fiscalização apurou que o contribuinte agiu dolosamente no sentido de subtrair do conhecimento da autoridade fiscal a ocorrência dos fatos geradores, relativos aos

anos-calendário de 2003 a 2005, fato que resultou na aplicação da multa qualificada no percentual de 150% (a aplicação da referida multa será analisada em tópico mais adiante).

[...]

Desta forma, na situação em análise, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para os fatos geradores ocorridos até 18/11/2003, é o dia 01/01/2004, o que implica na extinção do prazo quinquenal em 01/01/2009. Com efeito, considerando-se que o contribuinte tomou ciência do lançamento em 24/11/2008, resta claro que àquela data ainda não havia expirado o prazo para constituição de ofício do crédito tributário.

Incabível, portanto, a prejudicial de decadência argüida pela defesa.

[...]

O contribuinte questiona, tanto na preliminar (erro na identificação do sujeito passivo), como no mérito (apuração indevida da base de cálculo), o enquadramento da autuada como instituição financeira, alegando que a atividade desenvolvida seria de *factoring*.

[...]

No Termo de Verificação Fiscal, fls. 16/46, o autuante fez uma detalhada análise envolvendo a diferenciação entre as atividades desenvolvidas pelas *Factoring* e as realizadas pelas Instituições Financeiras, com a transcrição da legislação específica sobre o assunto e excertos doutrinários, concluindo que: "*Do que acima se expôs, resulta evidente que as operações de factoring não se podem resumir à simples antecipação de crédito por títulos sacados contra terceiros, oferecidos em garantia ao valor adiantado, pois tal conduta representa específica e privativa atividade das instituições financeiras, consoante o art. 17 da Lei n. 4.595/64, alterado pela Lei n. 7.492/86 (...)*".

Das transcrições da doutrina expostas pelo autuante, merece destaque a lição de Luiz Lemos Leite, em seu livro "*Factoring no Brasil*", a saber:

[...]

Da leitura da decisão do STJ citada pela defesa, depreende-se que a matéria de que nele se trata envolve a responsabilidade de uma faturizada, pelo fato de ter endossado cheques, o que a colocaria na condição de co-devedora. O Ministro Relator do voto - Humberto Gomes de Barros - entende que não há lei que impute o risco integral ao faturizador numa operação de fomento mercantil, de sorte que deve ser mantida a disposição contida no art. 21 da Lei do Cheque (Lei nº 7.357/85), que mantém a responsabilidade do endossante pelo pagamento.

Assim, tendo por base a referida decisão, a impugnante sustenta que a operação de *factoring* não pode ser descaracterizada pelo simples fato de os cheques estarem endossados pelo cliente. Como consequência, estaria maculado o trabalho fiscal, pois teria apontado a existência de endosso nos cheques como prova de que as operações eram financeiras, dada a exclusão da responsabilidade do cliente (característica das operações de *factoring*).

[...]

Ocorre que, conforme bem fundamentou o autuante no Termo de Verificação Fiscal, fls. 16/46, o enquadramento na atividade de *factoring* requer a continuidade e a conjugação das seguintes sub-atividades:

- assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, e
- compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Assim, não é apenas o grau de responsabilidade do faturizado pelo pagamento do crédito cedido, que diferencia uma operação de *factoring* de uma operação financeira. É necessário também que esteja presente o conjunto de serviços indicados no parágrafo anterior para caracterizar este tipo de operação.

Ressalte-se que, no presente caso, a conclusão de que a atividade do contribuinte não seria de *factoring* não se baseou exclusivamente no fato de os clientes (empresas faturizadas) terem endossados os cheques negociados, mas também por outros fatores, dentre os quais se destacam:

1. As características da movimentação financeira registrada nas contas bancárias do fiscalizado são indicativas de que os recursos que nela circularam estavam empregados em atividade econômica de natureza comercial ou financeira, considerando-se :

1.1. O elevadíssimo número de débitos e créditos registrados no período fiscalizado;

1.2. A significativa quantidade de devoluções de cheques cuja compensação se frustrou;

1.3. As reduzidas ocorrências de gastos em consumo pessoal do fiscalizado, apuradas nas diligências efetuadas;

2. O fiscalizado utilizou valores sacados de suas contas para pagar dívidas de terceiros (diligências 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 17, 21, 23 e 27);

3. O fiscalizado empregou valores sacados de suas contas na permuta, com deságio, por cheques pré-datados (diligências 12, 14, 15, 16 e 19, e declarações do próprio fiscalizado, prestadas no atendimento às intimações fiscais, mediante os documentos de folhas 319 e 384 a 388);

4. O fiscalizado utilizou valores sacados de suas contas para financiar o consumo de terceiros (diligências 3, 4, 6, 7, 23 e 27);

5. O fiscalizado empregou valores sacados de suas contas na permuta, com deságio, por cheques emitidos pelo próprio cedente do título (diligências 4 e 12);

6. O fiscalizado utilizou valores sacados de suas contas para financiar a atividade de aquisição de títulos de crédito praticada por terceiros (diligência 22);

7. Nas permutas de numerário por cheques pré-datados, o fiscalizado exigiu do cedente dos títulos a assunção da responsabilidade pelo pagamento dos valores eventualmente não honrados pelos devedores-sacados (declarações do próprio fiscalizado, de números 1, 3, 4 e 7, transcritas no item II do Termo de Verificação Fiscal- "Das informações prestadas pelo fiscalizado" - Quanto à responsabilidade pelo adimplemento dos créditos adquiridos");

8. Nas permutas de numerário por cheques pré-datados, o fiscalizado, habitualmente, descontou do valor que entregou ao cedente do título os valores

constantes de títulos anteriormente permutados que não foram honrados pelos devedores-sacados (declarações do próprio fiscalizado, de números 2, 5 e 6, transcritas no item II do Termo de Verificação Fiscal - "Das informações prestadas pelo fiscalizado" - Quanto à responsabilidade pelo adimplemento dos créditos adquiridos");

9. Nas permutas de numerário por cheques pré-datados, o fiscalizado não distinguiu entre cheques provenientes de vendas a prazo ou da prestação de serviços realizadas pelos clientes-endossantes e cheques emitidos por estes, admitindo que permutava títulos de ambos os tipos (declaração do próprio fiscalizado, de número 8, transcrita no item II do Termo de Verificação Fiscal - "Das informações prestadas pelo fiscalizado" - Quanto à titularidade dos créditos adquiridos");

10. As permutas de numerário por cheques pré-datados eram desacompanhadas da prestação de quaisquer outros serviços aos clientes do fiscalizado, tais como assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber (declaração do próprio fiscalizado, de número 9, transcrita no item II do Termo de Verificação Fiscal - "Das informações prestadas pelo fiscalizado" - Quanto à prestação de outros serviços aos clientes cujos créditos foram adquiridos").

Como se pode observar, há provas suficientes de que os recursos que circularam nas contas bancárias do fiscalizado nos anos de 2003, 2004 e 2005 são provenientes da atividade de concessão de crédito a terceiros, mediante a permuta, com deságio, de numerário por cheques pré-datados. Destacam-se os itens 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 acima, que indicam que a atividade desenvolvida pelo autuado constitui típica operação de crédito, na modalidade desconto de títulos, que é privativa de instituições financeiras.

Embora a defesa afirme que o conjunto probatório constante no processo demonstre que *"(...) foi prestado o serviço de gestão financeira de negócios, com a devida assessoria mercadológica, seleção de riscos, a fim de que as operações de factoring fossem realizadas de uma forma mais segura possível, tanto para o faturizador, como para o faturizado (...)"*, não se encontra nos autos qualquer elemento que dê sustentação a tal assertiva. Não há, pois, como acolher tal argumentação.

Outro argumento utilizado pela defendente é que as instituições financeiras dependem de autorização do Banco Central do Brasil, razão pela qual o contribuinte jamais poderia ter sido caracterizado como instituição financeira, em virtude da falta de autorização daquela instituição.

Embora parte da assertiva seja verdadeira (no que concerne à obrigação da instituição financeira ter que solicitar autorização ao Banco Central), a ausência desse procedimento não a exime de ser tributada como tal. O Código Tributário Nacional, ao tratar sobre a capacidade tributária passiva, expressamente determina que (destaque acrescido):

[...]

Assim, uma sociedade comercial irregular, ou mesmo de fato, desde que configure uma unidade econômica ou profissional, pode ser sujeito passivo. As razões práticas que justificam essas regras sobre a capacidade tributária passiva são evidentes. Não fosse assim, muita gente alegaria incapacidade jurídica, decorrente de menoridade, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, entre outros. Ou as pessoas jurídicas alegariam falta de arquivamento de seus atos constitutivos no Registro do

Comércio, ou uma irregularidade qualquer, para fugirem às obrigações tributárias. O que seria um absurdo!

[...]

A defesa alega, ainda, que os créditos negociados são resultantes de vendas mercantis, "(...) tanto que por ocasião das informações prestadas por terceiros diligenciados restaram constatadas as operações comerciais objeto dos créditos negociados (...)". Transcreve a resposta de algumas pessoas diligenciadas.

Aqui também o argumento da defesa procede apenas em parte. Embora tenha sido constatado que algumas transações envolviam cheques decorrentes de operações comerciais, foi apurada também a existência de operações com o intuito de financiar o consumo de terceiros. Nesse sentido foram as diligências 3, 4, 6, 7, 23 e 27.

Aliás, mesmo nas operações em que foram envolvidos cheques decorrentes de atividades comerciais não restou caracterizada a operação de *factoring*, dado que o contribuinte habitualmente descontava do valor que entregava ao cedente os valores constantes de títulos anteriormente permutados, que não foram honrados pelos devedores-sacados. Isso sem considerar que as permutas de numerário por cheques eram desacompanhadas da prestação de quaisquer outros serviços, conforme já comentado no presente voto.

Portanto, não há como acolher os argumentos expendidos pela defesa de que teria supostamente realizado operações de *factoring*, no lugar das operações financeiras.

Não merece reparos o procedimento fiscal nesse aspecto.

[...]

De acordo com a defendente o Auto de Infração utilizou base de cálculo diversa da indicada por ocasião da resposta à diligência perfectibilizada pelo Fisco Federal, em total incompatibilidade com o princípio da verdade material albergado pela administração. Entende que deveria ser levada em consideração toda a documentação em poder do impugnante, na medida em que o próprio fiscal diligenciou com tal objetivo, intimando-o a apresentar elementos que serviriam de supedâneo à aplicação do tributo devido.

Sobre tal argumento convém transcrever parte do Termo de Verificação Fiscal que acompanha o auto de infração (destaque acrescido):

VII. DOS LANÇAMENTOS DE OFÍCIO:

Qualificada juridicamente a atividade econômica praticada pelo fiscalizado, efetuada sua equiparação legal à pessoa jurídica (na condição de instituição financeira), constatada a imposição legal do arbitramento do seu lucro, foram aferidos os montantes mensais de sua receita bruta, mediante a aplicação, sobre os totais líquidos apurados nos "Demonstrativos Mensais de Créditos Líquidos", dos fatores de desconto apontados pelo próprio fiscalizado, a partir dos dados extraídos dos 177 borderôs por ele entregues. A partir da receita bruta assim obtida, que consta do "Demonstrativo da Receita Bruta Conhecida", de cópia em "Demonstrativos de Cálculo", calcularam-se os valores do IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica), CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), Contribuição para o PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) devidos pelo contribuinte, conforme a legislação de regência de cada tributo ou contribuição, devidamente consignada nos "Demonstrativos de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" dos autos de infração lavrados para constituir de ofício o crédito tributário decorrente da incidência desses tributos e contribuições, que foram regularmente formalizados mediante o processo administrativo fiscal nº 10380.018369/2008-61.

Note-se que os dados utilizados pela fiscalização foram extraídos de documentos fornecidos pelo próprio contribuinte, tanto a receita bruta mensal (dados extraídos de sua conta corrente, líquidos das devoluções de cheques e outros estornos de crédito), quanto os fatores de compra aplicáveis sobre os créditos líquidos registrados em suas contas bancárias.

Às fls. 47/48 foi anexado pela fiscalização o "Demonstrativo da Receita Bruta Conhecida", que indica os depósitos bancários considerados, o Fator de Desconto, a Receita Bruta tributável e o valor do IOF devido.

Desta forma, como a alegação da defesa foi apenas genérica, sem indicar especificamente qual seria a "base de cálculo diversa" utilizada pela fiscalização, ou que tipos de exame deveriam ser efetuados, não há como acolher a sua tese de erro na base de cálculo e de transgressão ao princípio da verdade material albergado pela administração.

Ressalte-se, contudo, que, da análise comparativa entre os fatores de desconto, indicados pelo contribuinte às fls. 120, e os utilizados pela fiscalização, no Demonstrativo da Receita Bruta Conhecida, fls. 47/48, constata-se um erro no percentual correspondente ao mês de ago/2005, tendo o contribuinte informado 2,80%, e a fiscalização utilizado o percentual de 3%. Como o responsável pelo procedimento expressamente informou que considerou os dados fornecidos pela autuada, torna-se evidente o erro cometido pela fiscalização.

Entretanto, considerando-se que o referido erro implica na apuração de um imposto devido superior ao lançado (vide demonstrativo abaixo), deixarei de proceder à correção no presente processo:

[...]"

A empresa interpôs tempestivamente¹ o Recurso de e-fls. 2.338 a 2.374, reiterando os termos da defesa exordial, em síntese:

a) equiparação do contribuinte à instituição financeira, quando a empresa realiza operações de *factoring*, o que torna nulo o lançamento tributário; a empresa sequer possui autorização do Banco Central, pelo que não pode ser considerada instituição financeira;

b) a autoridade fiscal utilizou-se de bases de cálculos diversas daquelas indicadas pela contribuinte, pelo que tornam-se indevidas; deveria ter sido considerada toda a documentação entregue mediante as intimações fiscais para quantificar a matéria tributária;

c) erro na aplicação da multa de ofício, uma vez a legislação citada prever o percentual de 50% e não 150%;

d) decadência;

e) discorre extensamente sobre a prática de atos de comércio, *factoring*, dissociando as suas operações das operações financeiras;

f) solicita a realização de perícia.

É o suficiente para o relatório. Passo ao voto.

¹ AR – 23/04/09, e-fls. 2.337; Recurso – 06/05/09, e-fls. 2.338

Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich, Relatora

Conheço do Recurso Voluntário, por tempestivo.

Cumpra observar que a recorrente não se insurgiu pontual e especificamente contra nenhuma das razões de decidir esposadas pela Turma Julgadora de Primeira Instância, que, a propósito, adoto e reforço integralmente.

As contestações preliminares e meritórias da recorrente não merecem guarida.

Inicialmente, indefere-se o **pedido de realização de diligência/perícia** cujos quesitos elaborados pela recorrente já foram declinados no acórdão guerreado, demonstrando a desnecessidade da realização de qualquer outro procedimento diverso àquele já praticado e explicitado na auditoria fiscal, bem como demonstrado que todos os elementos necessários ao julgamento da lide já constam dos autos, para a apuração da verdade fática e aplicação do direito tributário correlato.

Aliás, os três quesitos formulados pela recorrente foram devidamente explicitados no Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 16 a 46, parte integrante do Auto de Infração, e foram abordados, de forma esgotante, no decisório recorrido.

A despeito dos contribuintes terem o direito processual potestativo de solicitar perícias ou realização de diligências, estas podem, diante das circunstâncias de cada caso, serem consideradas desnecessárias para formar a convicção do julgador, sem que isto signifique ofensa ou prejudique a sua defesa.

É o caso. O § único do art. 420 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal – Decreto nº 70.235/72 (PAF), assim dispõe:

Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

I - aprova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

E sobre o indeferimento do pedido de provas o artigo 18, *caput*, do PAF, reza:

Art. 18. *A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, **quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.** (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993).*

(grifos não pertencem ao original)

Destarte, a decisão de primeira instância não padece de qualquer vício que possa lhe imputar qualquer nulidade e, nesta esfera recursal, a perícia/diligência solicitada deve ser indeferida.

No que respeita à alegação de **decadência** operada contra os atos do fisco, cumpre aderir-se às bem expostas razões de decidir na instância *a quo*, pois, apesar de tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o que nos leva à aplicação incontestada do artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN), no presente caso a fraude perpetrada contra a Administração Tributária, devidamente comprovada e demonstrada pela fiscalização, força a aplicação das disposições gerais inseridas no artigo 173 do mesmo diploma legal, não sendo mais a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária o marco inicial para a contagem do prazo decadencial. Assim dispõem os artigos 150, em seu § 4º, c/c o artigo 173, inciso I, da Lei nº 5.172/66 (CTN):

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(grifos não pertencem ao original)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

No que respeita à fraude, mais que suficiente são os argumentos explicativos prestados pelos autores do lançamento – Termo de Verificação Fiscal de e-fls 16 a 46:

“O contribuinte Rodrigo César Alves de Sousa, inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF sob nº 749.101.593-04, foi selecionado para fiscalização do Imposto de Renda de Pessoa Física - IRPF dos anos-calendário 2003, 2004 e 2005 em razão da incompatibilidade verificada entre, de um lado, a movimentação financeira registrada em seu nome na rede bancária nacional naqueles a falta de entrega das Declarações de Ajuste Anual de Imposto de Física - DIRPF dos exercícios 2004 e 2006, bem como a entrega da DIRPF do exercício de 2005 sem quaisquer rendimentos declarados, conforme abaixo discriminado:

Ano-Calendário	DIRPF - rendimentos	Movimentação Financeira
2003	OMISSO	1.527.898,98

2004	0,00	3.992.479,83
2005	OMISSO	3.055.351,50

[...]

VIII. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFICIO

Conforme se depreende dos fatos relatados no presente termo de verificação fiscal, o contribuinte agiu dolosamente no sentido de subtrair ao conhecimento da autoridade tributária a ocorrência dos fatos geradores que ensejaram o nascimento das obrigações tributárias a que se refere o crédito tributário constituído mediante o auto de infração de que faz parte este termo.

O elemento subjetivo da conduta do fiscalizado emerge dos seguintes fatos:

1. Embora reivindicando a condição econômica de faturizador, jamais formalizou, junto aos órgãos competentes, o registro de empresa de fomento mercantil (ou de instituição financeira, que é a sua efetiva atividade);

2. Da mesma forma, não entregou à RFB as declarações a que estão obrigadas as pessoas jurídicas (DIPJ, DCTF), relativas aos anos-calendário sob fiscalização, deixando, por conseguinte, de declarar as operações de crédito realizadas) durante o período, ensejadoras da incidência do IOF.

3. Embora procedendo como contribuinte do IRPF e não do IRPJ, subtraiu ao conhecimento da autoridade tributária os rendimentos auferidos durante os anos sob fiscalização, uma vez que não entregou as DIRPF dos anos-calendários 2003 e 2005 e nada informou a esse título na DIRPF do ano-calendário 2004.

4. Registre-se que a conduta omissiva descrita nos itens anteriores não foi inaugurada no ano-calendário 2003, provindo, em realidade, do ano-calendário 1998, em relação ao qual o contribuinte foi autuado por omissão de rendimentos apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada, mediante o processo administrativo fiscal nº 10380.014907/200252. Dito lançamento ensejou a instauração de contencioso administrativo que terminou por julgá-lo integralmente procedente, conforme Acórdão nº 106-14397, de cópia em "Acórdão".

A magnitude da movimentação financeira registrada em seu nome na rede bancária nacional, bem como das receitas e rendimentos tributáveis nela embutidos, associada à reiteração das condutas omissivas descritas nos itens anteriores afasta, inexoravelmente, a hipótese de que a infração cometida pelo fiscalizado tenha decorrido de conduta meramente culposa, atribuível a simples negligência.

Resta evidente que a conduta do autuado se subsume perfeitamente à hipótese descrita no inciso I do artigo 71 da Lei n.º 4502/1964, abaixo transcrito:

[...]"

Correta, portanto, a exegese feita no acórdão guerreado. A exigência fiscal foi devidamente penalizada com a multa aplicada na forma qualificada, **no percentual de 150%, consoante previsto no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, vigente à época dos fatos ocorridos:**

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Medida Provisória nº 303, de 2006)

Afastada a decadência suscitada pela recorrente, tanto quanto a crítica e acusação de nulidade do feito fiscal por haver a autoridade autuante embasado erroneamente em norma legal a multa de ofício aplicada na forma qualificada (quando há a ocorrência das hipóteses de fraude *lato sensu*, tipificadas nos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei nº 4.502/64). Correto e praticado em tempo hábil o ato do lançamento tributário para a exigência de IOF.

Passando ao ponto crucial da autuação em face à contestação da recorrente, que é a atividade praticada pela autuada, se mera empresa de fatorização (*factoring*) ou instituição financeira, ainda que sem o devido registro junto ao Banco Central (aliás, sequer registro junto ao Ministério da Fazenda, como contribuinte nacional pessoa jurídica – CNPJ).

O Termo de Verificação Fiscal acostado às e-fls. 16 a 46 esmiuça todo o minucioso procedimento fiscal e doutrina pesquisada pelos autores do lançamento tributário, pelos quais chega-se à conclusão de que a recorrente, de fato, praticava atos de instituição financeira, ultrapassando os limites de meros atos de comércio (compra e venda de títulos do comércio, cheques), ou seja, não se limitando a praticar atos de fomento mercantil (*factoring*).

A fiscalização diligenciou mais de 50 pessoas (físicas e jurídicas), sendo que 25 pessoas responderam às Intimações Fiscais e esclareceram a natureza das operações transacionadas com a recorrente. Houvem consoante destacado pela recorrente operações típicas de *factoring*, mas houve, ainda, operações que, como explicitado pela fiscalização e reprisado nos termos do acórdão recorrido, típicas de instituições financeiras. Deixo de citar toda a doutrina e legislação em que a fiscalização se escorou na análise profunda do tema (Convenção Diplomática de Ottawa/88; Resolução CMN nº 2.144/95; Luiz Lemos Leite; Fran Martins, Rogério Alessandro de Oliveira Castro, Fábio Ulhôa Coelho, Arnaldo Rizzardo, Antônio Carlos Domini, Resolução BCN nº 2.144/95) e deixo de re-transcrever todo o excerto do referido TVF de e-fls. 16 a 46 para concluir sobre as atividades do recorrente, por já constar no Relatório deste acórdão (itens 1 a 10), apenas destacando as atividades que me convencem que a pessoa física de Rodrigo César Alves de Souza deva ser equiparado à instituição financeira:

“[...]

2. O fiscalizado utilizou valores sacados de suas contas **para pagar dívidas de terceiros** (diligências 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 17, 21, 23 e 27);

[...]

4. O fiscalizado utilizou valores sacados de suas contas **para financiar o consumo de terceiros** (diligências 3, 4, 6, 7, 23 e 27);

[...]

6. O fiscalizado utilizou valores sacados de suas contas **para financiar a atividade de aquisição de títulos de crédito praticada por terceiros** (diligência 22);”

Entendo que as operações de empréstimos, mútuos, operações de crédito estão configuradas nas realizações das referidas diligências. Não se trata de operações de *factoring*, portanto. Correta a equiparação da pessoa física à instituição financeira pela prática de operações típicas de empresas financeiras, que prestam empréstimos a terceiros, além de simplesmente comprar e vender títulos comerciais antecipadamente ou cheques pré-datados, com deságio.

No que respeita à **base de cálculo utilizada para o cálculo do IOF**, as indignações da recorrente não procedem, visto que a fiscalização restringiu-se a utilizar dos elementos por ela fornecidos no curso da ação fiscal. No relatório, ao transcrever trecho do voto-condutor do acórdão combatido, estão reproduzidos os termos explicativos da autuação e cálculos utilizados, com base nos valores e taxas fornecidas pela recorrente quando auditada.

A recorrente não aponta supostos erros/equívocos no acórdão guerreado, pelo que adoto integralmente as demais razões de decidir.

Por todo o exposto, voto, em preliminar, em afastar a nulidade suscitada pela recorrente, bem como a decadência, em indeferir o pedido de realização de diligências, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich